

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR – *CAMPUS* DE CACOAL
DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO

BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO DE ADESÃO

LUÍSA DE FREITAS PEREIRA

Boa-fé objetiva no contrato de adesão

Monografia Jurídica apresentada à Universidade Federal de Rondônia, *campus* de Cacoal, para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Especialista Silvério dos Santos Oliveira.

Cacoal/RO.

2006

LUÍSA DE FREITAS PEREIRA

BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO DE ADESÃO

AVALIADORES

<hr/>	<hr/>
Nome do 1º avaliador	Nota
<hr/>	<hr/>
Nome do 2º avaliador	Nota
<hr/>	<hr/>
Nome do 3º avaliador	Nota
<hr/>	<hr/>
<hr/>	
Média	

Dedico, especialmente, aos meus pais, **Joaquim e Tomázia**, que, com seus exemplos de vida, primando pela decência, simplicidade e honradez, ensinaram-me a respeitar ao próximo e a lutar para o reluzir da Justiça.

Aos meus irmãos, amigos e namorado, que, sem sombra de dúvidas, torcem e vibram com o meu sucesso profissional.

Agradeço ao corpo docente e demais servidores da UNIR – *campus* de Cacoal/RO, que me ofereceram a oportunidade de obter qualificação profissional.

RESUMO

A presente pesquisa científica refere-se ao princípio da boa-fé objetiva no contrato de adesão, regra de conduta imprescindível nos dias atuais.

A monografia revela inegável atualidade, uma vez que enfrenta não mais a boa-fé subjetiva de outrora, cuja aferição envolve a ciência ou ignorância do agente, conforme o caso, mas um novo padrão de comportamento leal, denominado boa-fé objetiva, que se externa em um modelo de agir reto, honesto, presente em todas as relações jurídicas contratuais. Nesse diapasão, procuramos deitar nossos olhos para aquelas relações jurídicas em que as partes não estão em pé de igualdade, os denominados contratos de adesão.

Isso porque nesse tipo de contrato inexistente liberdade de convenção entre as partes, faltando-lhes o necessário debate e transigência para a elaboração de seus termos. Aqui, um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro, aderindo a uma situação contratual já definida.

Cumprido anotar que a boa-fé garante equilíbrio ao contrato, especialmente a este contrato marcado justamente pela desigualdade entre os contratantes, garantindo-lhes igualdade sem aniquilar a liberdade; protegendo a segurança sem afastar-se da moral.

Por derradeiro, ressalte-se que este trabalho desenha um paralelo importante entre a boa-fé e a construção de um sistema jurídico aberto, com largo reclamo à expansão de uma atividade judicial que seja integrativa e criadora, isso porque a cláusula que a prevê é aberta, dando azo a criação jurisdicional.

Palavras-chaves: boa-fé objetiva. Contrato de Adesão.

ABSTRACT

The present scientific research mentions the principle to it of the objective good-faith in the adhesion contract, rule of essential behavior in the current days.

The monograph discloses the undeniable present time, a time that not more faces the subjective good-faith of long ago, whose gauging involves the science or ignorance of the agent, as the case, but a new standard of loyal behavior, called objective good-faith, that if external in a model to act straight, honest, present in all contractual the legal relationships. In this it enters half, we look for to lie down our eyes for those legal relationships where the parts are not in equality foot, the called contracts of adhesion.

This because in this type of contract freedom of convention between the parts inexists, lacking to them the necessary debate and freedom for the elaboration of its terms. Here, one of the contractors if limits to accept the clauses and conditions previously written and printed for the other, adhering to a defined contractual situation already.

It fulfills to write down that the good-faith guarantees balance to the contract, especially to this contract marked exactly for the inequality between the contractors, guaranteeing to them equality without verwhelming the freedom; protecting the security without moving away itself from the moral.

For last, it is standed out that this work draws an important parallel between the good-faith and the construction of an open legal system, objectifying to the expansion of a judicial activity that is creative, this because the clause that foresees it is opened, giving the jurisdictional creation.

Key-works: Objective good-faith. Adhesion contract.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1- INTRODUÇÃO AO ESTUDO DOS CONTRATOS.....	11
1.1- Evolução Histórica dos Contratos - até o Contrato de Adesão.....	11
1.2- Conceito de contrato.....	15
1.3- Planos de existência, validade e eficácia aplicáveis ao contrato.....	18
1.4- Principiologia dos contratos.....	21
1.4.1- Princípio da dignidade da pessoa humana.....	21
1.4.2- Princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo.....	23
1.4.3- Princípio da força obrigatória do contrato.....	23
1.4.4- Princípio da equivalência material.....	26
1.4.5- Princípio da função social do contrato.....	26
1.4.6- Princípio da Boa-fé objetiva.....	27
2- DOS CONTRATOS DE ADESÃO.....	31
2.1- Conceito de contrato de adesão.....	31
2.2- Natureza Jurídica.....	32
2.2.1- Os limites da autonomia da vontade.....	36
2.3- Elementos caracterizadores do contrato de adesão.....	38
2.4- Regras específicas de interpretação do Contrato de Adesão.....	41
2.4.1- A interpretação e a integração contratuais segundo a boa-fé objetiva.....	42
3- BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE ADESÃO.....	44
3.1- Funções da boa-fé objetiva nos contratos de adesão.....	44
3.1.1- A criação de deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva.....	44
3.1.1.1- Descumprimento.....	46
3.1.2- Limite ao exercício de direitos.....	49
3.2- A boa fé objetiva e o art. 422 do Código Civil.....	54
3.3- Decisões dos Tribunais.....	55

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....60

REFERÊNCIAS.....62

INTRODUÇÃO

A presente monografia jurídica, cujo tema já denuncia, consiste em traçar um panorama das inovações e reflexos, no contrato de adesão, do princípio da boa-fé objetiva, inserto no artigo 422 do Código Civil.

Essencialmente, quer se mostrar a evolução sentida pelo Direito Civil com a inserção de normas de caráter social, oriundas de uma profunda transformação social, econômica e política desencadeada com a revolução industrial, resultando suntuosa alteração da base axiológica da teoria contratual.

Com o crescimento da sociedade de consumo, surge a necessidade de contratação em massa, por meio de formulários com cláusulas preestabelecidas, de sorte a agilizar o comércio. Não havendo lugar ou tempo para as chamadas tratativas contratuais.

A massificação dos contratos redundou num negócio jurídico standardizado, documentado em um simples formulário, em que a uma parte (a mais fraca) cabe apenas aderir ou não à vontade da outra parte (a mais forte), sem qualquer possibilidade de discussão do conteúdo contratual.

Em atenção a essa relativização da liberdade de contratar, o contrato ganhou nova roupagem e se revestiu de preocupações com a dignidade humana e o social, de modo a não mais permitir que, em nome de sua força obrigatória, a dignidade humana fosse colocada a segundo plano.

A efetivação desses mandamentos legais, contudo, não ficou restrito ao campo da ética, forçando inovações técnicas e operativas que se corporificaram nas cláusulas abertas. Assim, em consonância com o caso concreto o juiz recebeu a incumbência de definir quando e onde foi o desvio dos partícipes do contrato, levando em conta a hermenêutica e interpretação.

O Código Civil deixou de ser o principal ordenamento jurídico para dar lugar à Constituição Federal e aos vários e importantes microssistemas (o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros).

Assim, os textos constitucionais passaram a definir princípios relacionados a temas antes exclusivamente do Código Civil, cuja principal função foi a de integrar e conformar a legislação ordinária à Lei Fundamental. A adoção destes conceitos jurídicos indeterminados, trouxeram como vantagem a possibilidade de adaptação das normas às novas necessidades da coletividade, deixando de ser apenas mecanismos supletivos, para adquirirem a função de fonte de direito.

É dentro desse contexto que desponta o princípio da boa-fé objetiva.

1- INTRODUÇÃO AO ESTUDO DOS CONTRATOS

1.1- Evolução Histórica dos Contratos - até o Contrato de Adesão.

A concepção clássica de contrato, fruto da teoria do contrato social desenvolvida por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), era centrada no princípio da autonomia da vontade. Entendia-se que as partes tinham o poder de estabelecer todo o conteúdo do contrato. A vontade individual, como fonte produtora de efeitos contratuais, era praticamente absoluta, encontrando obstáculo apenas na ordem pública e nos bons costumes. Esse modelo jurídico experimentou seu apogeu no século XIX.

Isso porque, para Rousseau¹, o Estado surgiria de livre convenção entre os cidadãos. Estes abdicariam de parte da sua liberdade, para poderem viver livres e organizadamente em sociedade, de modo que, no plano jurídico, as normas disciplinadoras das relações privadas seriam de caráter dispositivo e supletivo e, umas poucas, cogentes e imperativas:

A primeira e mais importante consequência dos princípios até aqui fundamentados é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum, pois, se a discordância dos interesses particulares tornou necessária a fundação das sociedades, a harmonia desses interesses a possibilitou. Eis o que há de comum nos diversos interesses que formam o laço social, e não existiria sociedade alguma a não haver ponto em que os interesses concordem. Ora, é somente nesse comum interesse que deve ser governada a sociedade. Digo, portanto, que, não sendo a soberania mais que o exercício da vontade geral, não pode nunca alienar-se; e o soberano, que é unicamente um ser coletivo, só por si mesmo se pode representar. É dado transmitir o poder, não a vontade. Com efeito, se não é impossível que uma vontade particular concorde em alguma coisa com a geral, impossível é ao menos que seja durável e constante essa harmonia.

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. In Coleção a Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 39.

Porque a vontade particular tende por sua natureza às preferências, e a vontade geral à igualdade, e ainda é mais impossível que haja uma garantia dessa consonância, até devendo ela sempre existir, efeito não de arte, mas fortuito.

Esta concepção refletia a ideologia liberal reinante na época, que apregoava a maximização da liberdade individual, mediante o exercício dos direitos e da lei. Seu maior expoente, John Locke² (1632-1704), estabeleceu duas idéias liberais fundamentais: a liberdade econômica, ou seja, o direito de possuir e usufruir da propriedade, e a liberdade intelectual.

Assim, sendo todos os homens livres e iguais em direito, sua liberdade natural só seria limitada por sua própria vontade.

Eram tempos marcados por forte individualismo, em que se concedia a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade sua atividade econômica. Os limites à autonomia da vontade haviam de ser aqueles estritamente necessários a manter a convivência social.

É nítida a separação entre Estado e Sociedade, sendo que ao primeiro ficava relegada a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, ou seja, garantir as regras do jogo.

O direito privado tratava de regular, formalmente, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições nem entraves legais.

Livres e iguais, vista a igualdade como ausência de privilégios, os indivíduos tinham ampla autonomia para contratar, ou não, escolher o conteúdo do contrato, bem como o parceiro contratual. Enfim, eram livres para poder exprimir a vontade deles na forma que desejassem, contando sempre com a proteção do Direito. Havia a crença de que o contrato traria em si uma equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual. O contrato seria justo e equitativo por sua própria natureza.

² LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. São Paulo: Editorial Ltda, 1998.

Vislumbrava-se a relação contratual como produto de pessoas que se achavam em posição de igualdade jurídica e social, portanto, aptas a discutir o seu conteúdo e os limites da vinculação de cada figurante.

O dogma da autonomia da vontade atingira uma tão grande importância que o Código Civil Francês, o diploma legislativo modelo do Liberalismo, proclamava, com todas as letras, em seu art. 1.134, ser o contrato lei entre as partes. A intangibilidade do acordo era um princípio absoluto. Ao juiz não cabia modificar o avençado pelas partes, tinha de respeitar a vontade delas, assegurando que atingisse os efeitos queridos pelo seu ato.

Concebia-se o direito como um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas. Todo o caso jurídico deveria se enquadrar num conceito. Trata-se de um sistema fechado, centrado na idéia de um Código.

O sentido da norma era apreendido a partir do texto, apenas do texto, e não de suas fontes. O contrato era como um fenômeno economicamente neutro, atinente somente aos figurantes. Faltava qualquer preocupação com a justiça, ou seja, se afinal o contrato guardava ou não uma distribuição eqüitativa de ônus e riscos.

O juiz deveria ter uma atitude passiva em face da lei. Sua função restringia-se a enquadrar um fato em um dispositivo do Código, extraíndo, silogisticamente, a conclusão. Com efeito, tratando-se de um sistema fechado, era possível decidir corretamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de caráter dogmático.

Sintetizando, num mundo sob os auspícios do Liberalismo, em que o direito é sinônimo de Código e concebido como um sistema fechado, com a finalidade de garantir a segurança, a autonomia da vontade é a pedra angular do direito contratual, consistindo princípio incontestável.

Esse cenário, porém, sofreu profundas alterações, modificações que começaram no final do século XIX e se consolidaram no século XX, com as duas grandes guerras mundiais.

Claro está, entretanto, que, no curso do século XX, com o incremento tecnológico e a eclosão de guerras e revoluções que redesenhariam a arquitetura geopolítica do mundo, o individualismo liberal cederia lugar para o intervencionismo do Estado, que passaria a se imiscuir mais e mais na atividade econômica, abandonando o vetusto dogma francês do *laissez-faire*.

O contrato não ficou alheio a essas transformações, ao contrário, experimentou um inegável processo de solidarização social, adaptando-se à sociedade de massa que se formava, resultado do processo de concentração industrial e comercial e da crescente globalização, que acirrou a concorrência e o consumo e obrigou as empresas a reduzir custos e acelerar os negócios.

Nos últimos cinquenta anos, com o incremento dessa atividade industrial, o avanço tecnológico e o aquecimento dos mercados de consumo, o princípio da igualdade entre as partes contratantes, baluarte da teoria clássica contratual que sempre serviu de lastro à regra do *pacta sunt servanda*, começou a enfraquecer, descortinando falhas no sistema social, e, sobretudo, afigurando-se em muitos casos, como uma regra flagrantemente injusta.

Nos dias que correm, a massificação das relações contratuais subverteu radicalmente a balança econômica do contrato, de modo tal, que a avença não é mais pactuada entre iguais, mas, ao contrário, converteu-se, na grande maioria dos casos, em um negócio jurídico estandardizado, em que a uma parte (mais fraca) incumbe aderir ou não à vontade de outra (mais forte), sem possibilidade de discussão do seu conteúdo. O princípio da igualdade formal, até então considerado absoluto, converteu-se em princípio da hipocrisia.

Com o surgimento dos contratos de adesão, modalidade contratual forjada no início do século XX, e cuja especial característica reside no fato de apenas uma das partes ditar o seu conteúdo, redigindo as suas cláusulas, incumbindo a outra tão somente aceitar ou não a proposta que lhe fora apresentada, a autonomia da vontade do oblato foi praticamente estirpada.

É na simples faculdade de aderência que se reserva, em última análise, a liberdade negocial e que se resguarda a característica da bilateralidade negocial. Desse prisma, o aderente é submetido à situação pouco confortável, visto que, regra geral, a parte adversa,

criadora da moldura contratual, detém, quase sempre, avassalador poder econômico ou o monopólio de um serviço considerado essencial.

Por outro lado, e em razão da suscetibilidade à expansão do poder econômico, o contrato de adesão, desde que concebido segundo o superior princípio da função social e pactuado em atenção ao mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, é um instrumento de contratação socialmente necessário e economicamente útil, considerando-se o imenso número de pessoas que pactuam, dia a dia, repetidamente, negócios da mesma natureza, com diversas empresas ou com o próprio Poder Público.

Nesse contexto, a nocividade desta figura contratual está muito mais ligada ao abuso desta técnica de contratação do que propriamente à sua dinâmica de elaboração, que, como dito, tornou-se necessária em uma sociedade massificada como a nossa, sem prejuízo, porém, da coexistência em menor escala, de situações fáticas em que a igualdade material das partes impõe o reconhecimento da aplicação de preceitos disciplinadores tradicionais da autonomia privada.

De fato, a mesma sociedade, que contrata em massa e exige respostas imediatas e praticamente padronizadas para demandas repetidas, não pode desprezar o ser humano enquanto indivíduo, com liberdade e consciência, que busca a forma adequada e segura para o cumprimento de sua livre e consciente vontade.

Conjugar esses dois interesses, que aparentemente se chocam de forma diametral, é um dos grandes desafios do civilista da modernidade.

1.2- Conceito de contrato.

Contrato constitui uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados, sem deixar, contudo, de observar os deveres jurídicos anexos, provenientes da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social do contrato.

A essência do negócio jurídico é a auto-regulamentação dos interesses particulares, reconhecida pela ordem jurídica, que lhe dá força criativa.

Assim, no dizer de Maria Helena Diniz³,

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinando a estabelecer uma regularização de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

De igual modo, Caio Mario da Silva Pereira⁴, aduz que, “contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

O grande mestre Orlando Gomes⁵ ensina que,

Contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.

Washington de Barros Monteiro⁶, por sua vez, ensina que contrato significa o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito.

Não há que se falar em contrato estando ausente a manifestação de vontade, que se externa como pedra de toque dos contratos.

Mas sozinha ela não basta, a manifestação de vontade deverá fazer-se acompanhar pela necessária responsabilidade na atuação do contratante, derivada do respeito a normas superiores de convivência, com assento na própria Constituição Federal.

Isso porque o contrato, como espécie mais importante de negócio jurídico, apenas se afirma socialmente se entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. vol. III, 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.2.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. 2ª parte**. Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 1995. p.5.

Não podemos dessa forma, considerá-lo como um instrumento de opressão, mais sim de realização.

Todo contrato deve observar sua função social. Lamentavelmente, não é raro um dos contratantes pretender utilizá-lo como açoitado, visando a subjugar a parte mais fraca, em franco desrespeito à sua função social.

O saudoso Clóvis Beviláqua⁷, ao tratar do tema, ainda sob um enfoque de índole historicista, já ressaltava esse aspecto de socialização, consoante deflui da análise do seguinte trecho,

Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada funcção social do contrato. E para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitui a lei no campo restricto do negócio por elle regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único factor de pacificação de interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mais geral e o mais forte, mas impossível será desconhecer que também lhe cabe essa nobre função socializadora. Vede uma criança em tenra idade. Appetece um objecto, com que outra se diverte; seu primeiro impulso é arrebatá-lo, num ímpeto de insoffrido egoísmo, das mãos frágeis, que, o detém. A experiência, porém, pouco e pouco, lhe ensina que encontrará resistência, sempre que assim proceder. Seu proceder vae amoldando-se às circunstâncias e, em vez de apoderar-se à força, pede, solicita, propõe trocas, seduz com promessas capitosas e, esgotados os meios brandos, passará, então, à violência, ou aos gritos, último recurso dos fracos. Assim foi o homem primitivo, assim seria o homem civilizado, se não o contivessem os freios do direito, da religião, da opinião pública, de todas as disciplinas sociaes empenhadas na tarefa de trazer bem enjaulada a fera, que cada homem traz dentro de si.

Nesse diapasão, o contrato somente atenderá a sua função social no instante em que, sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada, respeitar a dignidade da pessoa humana, traduzida, sobretudo, nos direitos e garantias fundamentais; admitir a relativização do princípio da igualdade das partes contratantes, somente aplicável aos contratos verdadeiramente paritários, que atualmente são minoria; consagrar uma cláusula implícita de boa-fé objetiva, ínsita em todo o contrato bilateral, e impositiva dos deveres anexos de lealdade, confiança, assistência, confiabilidade e informação; e respeitar o meio ambiente e o valor social do trabalho.

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**, Campinas: RED Livros, 2000, p. 211.

Note-se que o reconhecimento do princípio da função social do contrato não traduz a negação da autonomia privada e da livre iniciativa, mas sua reeducação.

Nessa senda, Nelson Nery Jr.⁸ escreve,

A função social do contrato não se contrapõe à autonomia privada, mas com ela se coaduna e se compatibiliza. À conclusão semelhante se chegou na 'Jornada de Direito Civil', como se pode verificar: Jornada 23: 'A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Vê-se, pois que, independentemente da conotação e do enfoque que se queira, para a conceituação de contrato não se pode deixar de ressaltar, ao lado dos deveres jurídicos principais, que os contratantes tendem suas vontades, a observância dos deveres anexos, provenientes da boa-fé objetiva e do princípio da função social do contrato.

1.3- Planos de existência, validade e eficácia aplicáveis ao contrato.

O tema negócio jurídico, do qual é espécie contrato, para ser melhor analisado, subdivide-se em três planos, a saber, existência, validade e eficácia.

No primeiro plano se verifica o atendimento a certos requisitos mínimos para que o negócio jurídico seja considerado como tal, partindo-se do princípio de que ele não nasce do nada.

O segundo plano refere-se à validade, ou seja, o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, que tenha aptidão legal para produzir efeitos, o que exige o atendimento de determinados pressupostos legais.

Já o terceiro plano, concernente a eficácia, significa que, a existência e validade do negócio jurídico, ou seja, mesmo se considerando o negócio jurídico perfeito para o sistema

⁸ NERY JR., Nelson. **Contratos no Código Civil.** in Estudo em Homenagem ao Prof. Miguel Reale, coordenadores: Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003. p. 421.

que o concebeu, isto não importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem estar limitados por elementos acidentais da declaração: a condição, o termo e o encargo.

Os três planos de análise do negócio jurídico permitem a dissecação dos seus elementos de constituição, os pressupostos de validade e os fatores que eventualmente interferem na sua eficácia.

Tornando ao quesito existência, são quatro os elementos que se fazem necessários, de maneira simultânea, para o contrato existir.

O primeiro deles, considerando a essência do negócio jurídico, é a manifestação de vontade. Sem querer humano, não existe negócio jurídico e, não havendo negócio jurídico, não há que se falar em contrato.

Em síntese, para se entender existente um negócio jurídico é necessário que tenha ocorrido uma declaração de vontade, que decorra de um processo mental de cognição.

Sobre o assunto, Antônio Junqueira de Azevedo⁹ leciona que,

A declaração, uma vez feita, desprende-se do inter volitivo; adquire autonomia, como a obra se solta de seu autor. É da declaração e não da vontade, que surgem os efeitos, tanto assim é que, mesmo quando uma das partes, em um contrato, muda de idéia, persistem os efeitos deste.

O segundo aspecto existencial do contrato se funda na presença de um agente para manifestar tal vontade, uma vez que a vontade contratual não se manifesta sozinha, sendo necessário a presença de sujeitos para declará-la.

O terceiro aspecto existencial é justamente o objeto, ou seja, aquilo que se declara. Consiste justamente na prestação da relação obrigacional exigida, valendo destacar que tal objeto pode ser direto/imediato ou indireto/mediato, à medida que se materialize, respectivamente, na atividade a ser desenvolvida, ou no bem da vida posto em circulação.

⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico – existência, Validade e Eficácia**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

O quarto e último plano existencial é a forma exigida para a realização do objeto. Trata-se, pois, do veículo de condução da vontade: forma oral, escrita, mímica etc. Aqui, a forma é entendida como meio de exteriorização da vontade, é elemento constitutivo ou pressuposto existencial do ato, uma vez que sua supressão impede a formalização ou surgimento do próprio negócio. Sem uma forma de exteriorização (escrita, oral e mímica), o intento negocial fica encerrado na mente do agente, e não interessa ao direito.

Presente esses quatros elementos, podemos afirmar, sem a menor sombra de dúvida, que o contrato, como negócio jurídico, existe no campo da realidade fática.

Mas só a existência não basta, é preciso verificar se o mesmo é considerado válido.

Embora a concreta manifestação de vontade seja suficiente para reconhecer a existência de um contrato, a sua validade está condicionada a que esta vontade seja emanada de maneira livre e de boa-fé. O agente precisa ter capacidade para manifestar sua vontade por meio de um contrato e, esta capacidade, não é apenas a capacidade genérica, como medida da personalidade, mas também a específica para protagonizar determinado contrato, que se denomina legitimidade.

Além de presente, o objeto do contrato tem que ser idôneo, ou seja, não proibido pelo direito e pela moral; possível, seja jurídica ou fisicamente; determinado ou determinável, com os elementos mínimos de individualização que lhe permitam caracterizá-lo.

Por fim, a forma do contrato deve ser adequada, entendida como a prescrita e não defesa em lei. Mais que um elemento constitutivo ou pressuposto existencial do ato, aqui vale a hipótese em que a lei estabelece determinado tipo de forma para que o contrato tenha validade. Nesse caso, ignorado o mandamento legal, o negócio jurídico existirá, mas será fulminado de nulidade, por ser considerado inválido.

Eis o caso da aquisição imobiliária realizada através de um contrato particular de compra e venda, quando a forma prescrita em lei exige a lavratura da compra e venda em escritura pública devidamente registrada.

Num caso dessa natureza, não obstante não haver dúvida quanto à existência do negócio, o mesmo é inválido sob o ponto de vista legal, uma vez que não respeitou a forma prescrita em lei.

Existente e válido um negócio jurídico, seus efeitos, em regra, são imediatos. Entretanto, em determinados contratos, é possível, a inserção de elementos acidentais que limitam a produção imediata de efeitos ou fazem cessá-los, se ocorridos determinados fatos preestabelecidos. São eles termo, condição e modo/encargo.

Termo significa evento futuro e certo que protraí o começo da produção de efeitos ou faz cessá-los. Por sua vez, condição, refere-se a evento futuro e incerto que, se ocorrente, poderá dar início à produção de efeitos, ou fazer cessá-los. E, modo/encargo, por derradeiro, é determinação acessória acidental de negócios jurídicos gratuitos, que impõe ao beneficiário da liberalidade um ônus a ser cumprido, em prol de uma liberalidade maior.

1.4- Principiologia dos contratos.

1.4.1- Princípio da dignidade da pessoa humana.

Tratando-se de cláusula geral, de natureza principiológica, o princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante a sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar de direito privado. Enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, ele o é também do direito público. Indo mais além, pode se dizer que é a interface entre ambos; o vértice do Estado de Direito.

O seu reconhecimento, enquanto direito fundamental, acarreta o repensar de uma série de dogmas civilistas, em especial daqueles que constituem seu núcleo central: a autonomia, os bens, o patrimônio, a pessoa e a propriedade.

A idéia jurídica de dignidade traduz um valor necessário de consideração à existência humana, conforme as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, imprescindíveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que a garantia da

simples sobrevivência, este princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias, estatais ou particulares, na realização desta finalidade.

É sob esse prisma que a nova vocação do Direito Civil se revela, sendo redirecionado pelo princípio da dignidade da pessoa humana para que suas normas promovam a proteção da pessoa, sem prejuízo dos mecanismos reguladores da proteção ao patrimônio.

Este princípio é necessário para a implantação real do Estado Democrático de Direito, uma vez que se traduz em diretriz de incontestável solidarismo social.

Não é por outra razão, que a Carta Magna, sem seu art. 1º, III, estatui,

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

Tomando-se em contato os reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana no plano infraconstitucional, verificamos a necessidade da efetiva proteção aos direitos da personalidade, atualmente disciplinada pelos artigos 11 a 21 do Código Civil. O reconhecimento de tais direitos, liga-se umbilicalmente a consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, findando por refletir-se no campo do direito contratual.

Valores como a vida, a privacidade, a imagem, a integridade física etc. não podem ser desconsiderados a pretexto de se exigir determinada prestação. O que não significa o descumprimento do pactuado na avença, tampouco a inobservância dos princípios da autonomia privada e da livre-iniciativa. O que acontece é que, ao se exigir o cumprimento forçado de uma prestação inadimplida, o credor não pode pretender lançar mão de mecanismos atentatórios à dignidade da pessoa humana, senão quando a própria Constituição expressamente admitir o sacrifício de um valor individual tendo em vista fins superiores.

É a prevalência do ditame constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana, em face de quaisquer outros princípios, de natureza econômica ou não, resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade, que tem nítida função reguladora em nosso sistema

jurídico e que garante a prevalência da dignidade da pessoa humana, quando da eventual colidência com outros ditames de envergadura moral, axiológica e jurídica menor, segundo as circunstâncias do caso concreto.

1.4.2- Princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo.

Não se pode falar em contrato sem autonomia da vontade.

A autonomia da vontade permanece como a base da noção do contrato, embora limitado e condicionado por normas de ordem pública em benefício do bem-estar comum.

Fernando Noronha¹⁰, que prefere utilizar a expressão autonomia privada em substituição à autonomia de vontade, relata que,

Foi a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que permitiu que desabrochassem os princípios da boa-fé e da justiça contratual – os quais, aliás, nunca deixaram de estar latente em todos os ordenamentos: apenas eram ofuscados pelo brilho artificialmente acrescentados ao princípio da (velha) autonomia da vontade.

Essa limitação na manifestação da vontade dos contratantes, impostas por normas de ordem pública, tornou-se necessária, para que a liberdade volitiva, sem contenção, não se converta em abuso.

Todas essas limitações não significam como se disse, aniquilação da autonomia privada, pois sem esta, as relações de direito privado se estagnariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso.

1.4.3 Princípio da força obrigatória do contrato.

Outro princípio é o da força obrigatória dos contratos conhecida pela máxima romana *pacta sunt servanda*. Essa norma foi empregada expressamente por alguns

¹⁰ NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais (Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual)**. São Paulo, 1994. p. 122.

importantes Códigos Civis do mundo Ocidental, como o Francês de 1804 em seu artigo 1.934 e o Italiano em seu artigo 1.372.

Deste aforismo decorre a obrigatoriedade no cumprimento do que foi livremente acordado. É, portanto, regra endógena que garante a segurança jurídica, pois já que o acordo foi elaborado de forma livre e consensual – livre de qualquer vício – nada mais lógico do que seu normal adimplemento.

O contrato quando concretizado surge para o mundo jurídico e dele retira sua proteção, podendo, em caso de inadimplemento, ter início sua execução judicial nos moldes do ordenamento vigente.

A regra é a imutabilidade dos contratos, sem a qual não se poderia exigir o seu cumprimento que é a sua finalidade precípua: o contrato nasce para um dia se extinguir. Mas não se deve entender a sua imutabilidade de forma absoluta e sim de maneira relativa, v. g., a vontade de ambas as partes no intuito de desfazer o negócio seja por caso fortuito ou força maior.

Abrandou-se, com isso, o rigor deste princípio até então interpretado e aplicado de forma implacável e com inúmeros efeitos maléficos sobre os negócios jurídicos até fins do século XIX.

Ensina Maria Helena Diniz¹¹:

A força vinculante dos contratos somente poderá ser contida pela autoridade judicial em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias, que impossibilitem a previsão de excessiva onerosidade no cumprimento da prestação, requerendo a alteração do conteúdo da avença, a fim de que se restaure o equilíbrio entre os contraentes.

Este princípio traduz a natural cogência que deve do contrato, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social.

De nada valeria o negócio se o acordo firmado entre os contratantes não tivesse força obrigatória.

¹¹ Diniz, op. cit., p.38.

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebra que seja, com a observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se as cláusulas fossem preceitos legais imperativos. Essa força obrigatória, atribuída pela lei aos contratos, é a pedra angular da segurança do comércio jurídico.

Sem o reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, a palavra dos homens careceria de força jurídica, em franco prejuízo à segurança das relações negociais. Apesar disso, esse princípio não pode ser levado às últimas conseqüências.

Enquanto predominaram as idéias liberais e individualistas do século XIX, era natural e até compreensível que, partindo-se da idéia de que as partes são formalmente iguais, a vontade que delas emanassem poderia traduzir-se em lei imutável.

Grife-se, esse princípio da força obrigatória, manifestado especialmente na imodificabilidade e intangibilidade dos termos do contrato, tornou-se um nefasto instrumento de opressão econômica.

As mudanças por que passou a humanidade no decorrer do século XX, alimentadas por um imaginável esforço bélico, acentuariam as desigualdades sociais, facilitando a opressão do fraco pelo forte.

Nesse diapasão, não poderia o princípio em tela subsistir incólume.

Em uma época como a atual, em que os contratos paritários cedem lugar aos contratos de adesão, o *pacta sunt servanda* ganhou um matiz mais discreto, temperado por mecanismos jurídicos de regulação do equilíbrio contratual, à exemplo da teoria da imprevisão.

Com isso, é facilmente perceptível que, nos dias de hoje, o *pacta sunt servanda* tornou-se visivelmente menos rígido.

1.4.4- Princípio da equivalência material.

Na busca de realizar e preservar o equilíbrio real de direito e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses, esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagens excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.

O princípio da equivalência material rompe a barreira de contenção da igualdade jurídica e formal, que caracterizou a concepção liberal do contrato. Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da mais fraca pela mais forte.

1.4.5- Princípio da função social do contrato.

Para se conceituar função social do contrato, tarefa que não é de fácil consecução, dada a vagueza semântica da dicção, dotada de equívoco significativo, passo primeiro, que normalmente se dá, é a procura do próprio sentido da palavra “função”.

Em rigor, quando se fala em função, tem-se, em geral, a noção de um poder de dar destino determinado a um objeto ou a uma relação jurídica, de vinculá-los a certos objetivos; o que, acrescido do adjetivo “social”, significa dizer que esse objetivo ultrapassa o interesse do titular do direito – que, assim, passa a ter um poder-dever – para revelar-se conforme o interesse coletivo.

Qualquer direito ou prerrogativa deve funcionalizar-se a um fim social, pois estas prerrogativas não são sociais apenas pela sua origem e pela sua gênese, são-no ainda pelo fim para que tendem, e pela sua finalidade.

Isso significa que, no contrato, devemos privilegiar os direitos subjetivos indisponíveis ou irrenunciáveis, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando contrastados com direitos patrimoniais desprovidos de igual relevo social. Ou, antes, significa conceber e proteger direitos subjetivos contratuais somente enquanto instrumentos úteis a serviço do desenvolvimento social, plantados sobre um campo de convivência, entre os contratantes, que se faça, posto que por intervenção estatal, substancialmente equilibrada e igual.

Aliás, essa igualdade substancial é o que justamente dá o tom da função social do contrato e revela, enfim, a idéia da igual dignidade social, a cujo atingimento deve voltar-se o ajuste. A função social do contrato representa, pois, um mecanismo interventivo de diminuição da desigualdade para, com isso, aumentar-se a liberdade real dos contratantes.

A funcionalização pressupõe, com efeito, o entender do direito subjetivo não só como poder, já que, nele incluídos, há também deveres, dispostos para que o exercício do direito se conforme a uma finalidade social.

Nessa senda, a assunção da função social significa que a conformação clássica do contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, voltado a obsequiar os valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. Ainda mais quando a função social integra o contrato numa ordem social harmônica, solidarista, mercê do comando do art. 1º, IV, da Carta Magna.

1.4.6- Princípio da Boa-fé objetiva.

A boa-fé trata-se de princípio geral aplicável ao direito, no qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade.

Como se vê, a boa-fé objetiva diz respeito à norma de conduta, que determina como as partes devem agir. Todos os códigos modernos trazem as diretrizes do seu conceito, e procuram dar ao Juiz diretivas para decidir.

Enéas Costa Garcia¹², ensina que a boa fé objetiva trata-se de “um mecanismo do sistema jurídico”.

E arremata asseverando que

A boa-fé exige um comportamento honesto das partes. E mais do que isso: exige a adoção de um comportamento que leve em consideração a pessoa do outro contratante. Esse elemento ético obriga as partes a agirem de modo colaborativo, unidas no intuito de dar ao contrato a sua verdadeira e completa eficácia.

Na questão da boa-fé, analisa-se as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, seu momento histórico e econômico. Com isso, interpreta-se a vontade contratual.

Deve-se crer que, em princípio, nenhum contratante celebra contrato sem a necessária boa-fé. Mas, a má-fé inicial ou interlocutória deve ser punida. E em cada caso o juiz deverá definir quando e onde foi o desvio dos partícipes do contrato, e levará em conta a hermenêutica e interpretação.

As cláusulas gerais inseridas no Novo Código Civil, não nos dão perfeita idéia do conteúdo, pois tem tipificação aberta e com conteúdo dirigido aos Juízes. Mas, constituem-se em mecanismo técnico-jurídico para aferição da abusividade do negócio jurídico ou da interpretação da vontade.

O equilíbrio contratual pretendido não é apenas o econômico, pretende-se preservar a função econômica para a qual o contrato foi concebido, resguardando-se a parte que tiver seus interesses subjugados aos de outra.

Em linhas gerais o princípio da boa-fé significa dever de conduta, pautado na lealdade e confiança. Não deve qualquer dos contratantes frustrar as expectativas do outro.

¹² GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós contratual à luz da boa-fé**. Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 1º ed. 2003, pág 103.

Antes, porém, de aprofundarmos os contornos deste importante princípio, faz-se necessário que estabeleçamos uma diagnose diferencial entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva.

Esta última, de todos conhecida por estar visivelmente presente no Código Civil de 1916, consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina.

Em geral, esse estado subjetivo deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância, como ocorre a hipótese do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula a sua posse. Nesse caso, o próprio legislador, em vários dispositivos, cuida de ampará-lo, não fazendo o mesmo, outrossim, quanto ao possuidor de má-fé.

Distingue-se, portanto, da boa-fé objetiva, à qual, tendo natureza de princípio jurídico – delineado em um conceito jurídico indeterminado - consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica.

A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de direito, provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais que eficiente, uma vez que, por boa-fé, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral).

Por força desta simbiose – fato e virtude – a boa-fé se apresenta como a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ao mesmo tempo que se revela como o amor ou o respeito à verdade.

O homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é fé, no duplo sentido do termo. Vale dizer, é uma crença ao mesmo tempo que é uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. É também o que se chama de sinceridade, ou veracidade, ou franqueza, é o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, privadas ou públicas, de má-fé.

Esta é a interessante visão da boa-fé pela sua angulação subjetiva; contudo, enquanto princípio informador de validade e eficácia contratual, a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação de ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico estandardizado.

2- DOS CONTRATOS DE ADESÃO

2.1- Conceito de contrato de adesão.

A denominação contrato de adesão surgiu com Saleilles, em 1901, quando elaborou estudo sobre a parte geral do Código Civil alemão (BGB), e apresentou esta nova modalidade da vontade dos contratantes, revolucionando os mais radicais princípios contratuais.

Proferindo análise sobre o advento do contrato de adesão, Silvio Rodrigues¹³ destaca:

A idéia de contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato, admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas da avença e na qual as partes colocadas em pé de igualdade discutem os termos do negócio. É a chamada fase de negociação, onde as divergências são eliminadas através da transigência dos contraentes. A este tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão, a fase inicial de debates e transigência fica eliminada, pois uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar.

Esses contratos ficam ao arbítrio exclusivo de uma das partes, o polícitante, pois o oblato não pode discutir ou modificar o teor do contrato ou as suas cláusulas. Trata-se, pois, de um fenômeno típico das sociedades de consumo, que não mais prescindem, por inegáveis razões econômicas, das técnicas de contratação em massa.

O mestre Orlando Gomes¹⁴ traz o seguinte conceito de contrato de adesão:

¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil (dos contratos e das declarações unilaterais da vontade)**. vol. III. ed. 28, São Paulo: Saraiva, 2002.

Contrato de adesão é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

Conclui dizendo que “distingue-se, no modo de formação, pela adesão sem alternativa de uma das partes ao esquema contratual traçado pela outra, não admitindo negociações preliminares nem modificações de suas cláusulas preestabelecidas”.

No mesmo sentido, o ilustre Caio Mário da Silva Pereira¹⁵ ensina:

Chamam-se contratos por adesão (expressão mais correta do que contrato de adesão) aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.

Embora exista uma consideração harmoniosa no plano conceitual, diferenças existem quanto a nomenclatura utilizada para denominar a modalidade contratual.

Alguns doutrinadores consideram como precisa a expressão contrato de adesão, dentre os quais se destacam Messineo, Waldirio Bulgarelli, Silvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro. Outros, porém, são adeptos da expressão contrato por adesão, figurando como defensores desta nomenclatura Georges Dereux, Alessandro Giordano, Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz.

Maria Helena Diniz¹⁶ explica que tem preferência pela denominação contrato por adesão, “verificando que se constitui pela adesão da vontade de um oblato indeterminado à oferta permanente do proponente ostensivo”.

No seu entender, quando os contratantes não discutem o conteúdo negocial, e, não há possibilidade de alterá-lo, verifica-se o contrato por adesão. O contrato de adesão é recorrente, na Administração Pública, às concessionárias de serviços que se encontram em oferta constante ao público de seus serviços e bens. Assim, no contrato de adesão, uma das partes adere compulsoriamente às disposições contratuais nele contidas, independentemente

¹⁴ GOMES, Orlando. *op.cit.* fl. 14.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op.cit.* fl. 14.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena, *op.cit.* fl. 13.

de sua vontade, enquanto, no contrato por adesão, a parte adere as suas disposições conforme sua conveniência e interesse.

A característica comum de ambos é a aderência, por um dos contratantes, às cláusulas e condições impostas unilateralmente pelo outro. Diferenciam-se, porém, pelo fato de que no, contrato por adesão, o aderente tem absoluta liberdade de contratar ou não, enquanto, no contrato de adesão, o aderente é compulsoriamente obrigado a contratar ou rejeitar inteiramente o contrato.

No Brasil, a nomenclatura considerada adequada pelo legislador pátrio foi contrato de adesão, reservando ao mesmo um enquadramento no Código Civil, em seus artigos 423 e 424, cuidando, inclusive de conceituá-lo, no artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”, razão pela qual, com o devido respeito e acatamento aos entendimentos diversos, utilizaremos essa expressão.

2.2- Natureza Jurídica.

Uma grande polêmica tem sido travada entre juristas e doutrinadores acerca da validade do contrato de adesão, como meio para a manifestação de um acordo de vontades e, por conseguinte, permitir a configuração de um negócio jurídico.

O aprofundamento no debate da referida questão permite a caracterização da natureza jurídica, de tão importante modalidade, que no mister de unir partes e interesses, favorece a circulação de bens e serviços, garantindo a eficácia do consumismo.

Como princípio básico para discussão, dois pontos considerados relevantes são colocados em evidência: o consentimento e a adesão.

A autonomia da vontade é o ponto de fundamento para a concepção da ordem contratual, assim, se o consentimento denota a livre manifestação da vontade, tal fato não se

coaduna com a adesão, tornando-se, portanto, distinta. O confronto de tais ponderações, com grande ênfase para o consentimento, tem diminuta importância para o ato aderente.

Do debate estabelecido, duas teses tornam-se evidente e com elas os seus defensores, os quais com opiniões divergentes quanto à natureza jurídica do contrato de adesão, passam a ocupar dois blocos distintos, de um lado os contratualistas em oposição aos anticontratualistas.

A concepção contratualista busca fundamentar a validade do contrato de adesão a partir da agregação dos interesses que se tornam comuns. Consideram que aderir é consentir, de modo que, no plano técnico, o contrato de adesão supõe uma comunhão de vontades.

Isso porque, na relação travada entre predisponente e aderente, a autonomia da vontade também se observa, pois ambos estão sujeitos a um crivo disciplinador concebido pela ordem da aplicabilidade do preceito legal. Afinal, a parte que oferece expõe largamente ao público as condições em que pretende contratar e, por conseguinte, as probabilidades de erro ou de dolo diminuem. É um contrato rígido no seu aspecto, mas isto é mais importante do que cláusulas tortuosas, nas quais, cada parte disfarça suas intenções. Corresponde à exploração de um serviço público, mas este serviço, ainda que seja de interesse privado, dá um singular relevo à utilidade do contrato; não é o jogo puro e simples dos interesses privados e dos caprichos individuais que dita a convenção, mas uma necessidade fundamental de organização de um serviço.

Entretanto, um relativo número de civilistas manifestam-se inteiramente contrários à modalidade contratual, em se tratando do contrato de adesão. São os anticontratualistas.

Fundamentam seus argumentos no binômio: a) ausência de debates preliminares entre as partes; b) a forma abstrata das cláusulas que mais parecem lei do que contrato.

Como base de discussão, os defensores do anticontratualismo negam a existencialidade do contrato de adesão, ressaltando o exclusivo predomínio da vontade de um que dita sua lei à coletividade indeterminada. Enxergam o contrato de adesão por seu aspecto normativo, aplicando-lhe a hermenêutica própria das leis.

No entendimento dominante, o contrato de adesão deve ser enquadrado na categoria dos contratos, sendo esta sua natureza jurídica, não obstante o dirigismo exercido perante a vontade do destinatário. Isso porque, embora minorada, no contrato de adesão presente se faz a autonomia da vontade, garantindo a bilateralidade ou plurilateralidade do contrato.

Existe indubitavelmente contratualidade. Os contratos são espécies de negócios jurídicos que pressupõe a participação de duas partes. Do mesmo modo os contratos de adesão só têm existência no momento que ocorre a aceitação em bloco das cláusulas pré-concebidas pela outra parte, ou seja, só existe quando o indivíduo consente. Formam-se, como qualquer contrato, pela composição de vontades distintas.

Confirmando tal posicionamento, os tribunais franceses recusam a admitir distinções em relação à natureza jurídica do contrato de adesão e os outros tipos, não lhes subtraindo a aplicação das regras comuns aos contratos.

Assim, concebemos o contrato de adesão como espécie do gênero contrato, em oposição à espécie dos contratos paritários, e não como categoria de natureza jurídica distinta. Deste modo, eles se submetem aos mesmos pressupostos e requisitos de validade dos contratos em geral. Senão vejamos o exemplo trazido pelo mestre Arnaldo Rizzardo¹⁷:

Natureza do contrato de adesão - Figurando o banco ou outra entidade como emitente do cartão, o contrato é misto, pois compreende uma abertura de crédito e uma prestação de serviços. Abertura de crédito porque o titular autoriza o banco ou a sociedade não bancária a pagar aos fornecedores as dívidas contraídas junto a eles. E aberta uma conta corrente em favor do titular, fixando-se o limite do crédito, pois serão pagas aos fornecedores as importâncias relativas às despesas dentro do limite da conta... Assim, basicamente, em qualquer caso considera-se o cartão de crédito uma forma de Concessão de crédito, a curto prazo. às pessoas que recebem um cartão de identificação e que se apresentam aos estabelecimentos comerciais filiados à rede da instituição financiadora. A prestação de serviços se caracteriza no angariamento de fregueses encaminhados pelo emissor ao fornecedor e no próprio fato de facultar o uso do cartão pelo cliente. Mas entre o titular do cartão e o fornecedor, há um contrato de venda ou de prestação de serviços, pois aquele busca unicamente a aquisição de bens, ou a execução de serviços que pretende.

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, Vol. III, 1ª ed. São Paulo: Aide, , 1988. p. 1350.

2.2.1- Os limites da autonomia da vontade.

A modernidade estabelece que no interior da vontade há uma ausência absoluta de coação (autonomia da vontade) e, ato contínuo, promove a crença de que todos são absolutamente livres e iguais para contratar. Ora, a liberdade como autonomia da vontade, na perspectiva do relacionamento de um ser livre com outro ser igualmente livre, permite perceber, principalmente no contrato de adesão, que o exercício da autonomia da vontade de um é sempre limitado pelo exercício da autonomia do outro. Desse modo, as relações contratuais fundadas na autonomia da vontade envolvem correlações de força, na qual uma das partes pode impor a sua vontade (poder) e, com isso, limitar a autonomia da outra ao extremo. Dado que ocorre sempre uma interferência limitadora da liberdade de um pela liberdade do outro, o princípio da autonomia da vontade é uma mera ilusão e, ato contínuo, a liberdade que equaliza as partes e estabelece o princípio da igualdade também não passa de uma simples aparência. São apenas formas de domínio mais sutis do que o puro exercício da força física. O vínculo entre as partes não se submete à vontade, trata-se de uma adesão inexorável.

De outra parte, a liberdade como faculdade (querer e poder) não anula o fato do relacionamento de um ser livre em face da natureza e da organização social. Os indivíduos estão imersos em um mundo dotado de leis naturais inexoráveis e de padrões sociais petrificados. Diante desse mundo circundante, não faz sentido escolher uma liberdade individual incondicionada, motivo pelo qual é fora de propósito imaginar que alguém possa querer livremente a comida que o alimenta. Há, pois, vínculos muito estreitos entre liberdade e necessidade.

Diante dos padrões sociais, é possível perceber que, também na sociedade moderna, os contratos se submetem, não à idéia de livre arbítrio. É certo que as relações contratuais pressupõem um certo movimento volitivo, mas isso não pode implicar o reconhecimento de uma vontade totalmente incondicionada. Além das condicionantes já especificadas, é preciso considerar a autonomia da vontade em face da heteronomia estatal, ou seja, o Estado pode até não constranger a liberdade subjetiva (vontade livre), mas pode constranger o exercício dessa liberdade.

Para os modernos, é a liberdade subjetiva que justifica e legitima a criação do Estado pelo contrato social. Por isso, o Estado, na concepção liberal, é pensado como aquele que, ao mesmo tempo, abstém-se de constranger a vontade livre e confere a essa vontade as condições para o seu exercício. Mas, premida pelos fatos, a liberdade subjetiva vai cedendo espaço à heteronomia estatal (vontade jurídica), restando apenas a liberdade dita negativa que se fixa no princípio da legalidade.

Nessa arquitetura, conforme aumenta o conjunto normativo de um ordenamento jurídico estatal, diminui a autonomia da vontade. Com essa solução, a autonomia da vontade sofre restrições, e, com ela, o aspecto da moralidade que se liga à subjetividade. O Estado, enquanto sujeito universal, prevalece sobre o cidadão, enquanto sujeito singular; disso resulta, no domínio da eticidade, a primazia da subjetividade de grau superior do Estado sobre a liberdade subjetiva de cada cidadão. O Estado, portanto, estabelece um conjunto de padrões objetivos que devem ser incorporados pela vontade individual como padrão. Essa solução pode aniquilar a liberdade subjetiva como autonomia da vontade, posto que, uma vez criado o Estado, este pode impor uma heteronomia tão ampla ao limite de restringir a liberdade negativa ao âmbito das condutas tidas como irrelevantes ou descompromissadas eticamente.

Por esses motivos, nas elaborações mais recentes da tecnologia jurídica, o princípio da autonomia da vontade é mitigado, submete-se à ordem positiva estatal, porque depende desta o reconhecimento da validade e eficácia dos contratos realizados. A vontade só é autônoma quando a ordem positiva não a proíbe e somente nesse sentido é possível falar que o contrato estabelece leis entre as partes (*pacta sunt servanda*).

Na sociedade pós-moderna, o princípio da boa-fé vem se consolidando como base fundamental dos negócios jurídicos, flexibilizando a rigidez da *pacta sunt servanda*. Assim, na teoria dos contratos, em substituição ao princípio da autonomia da vontade, a tecnologia jurídica articula o princípio da boa-fé objetiva que implica um conjunto de deveres impostos pela lei às partes contratantes.

Assim, quando deitamos os olhos sobre os contratos de adesão, podemos verificar que embora mitigada a autonomia da vontade do aderente, por não lhe ser oportunizado discutir as cláusulas contratuais, o contrato se acha em pé de igualdade porque o direito do

oblato está assegurado por norma de ordem pública, em especial pelo princípio da boa-fé objetiva.

2.3- Elementos caracterizadores do contrato de adesão.

Para a progressão dessa modalidade contratual, mister a identificação de elementos tidos como próprios desta figura jurídica, sem os quais a subsistência contratual se torna altamente comprometida.

A mestra Maria Helena Diniz¹⁸ pontua que os contratos de adesão supõem:

- 1º) uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta. A uniformidade é uma exigência imprescindível, pois, se o ofertante pretende obter número indeterminado de aderentes para que haja aceitação passiva, será precioso que o conteúdo do contrato seja invariável. A predeterminação unilateral das cláusulas contratuais e a rigidez das condições gerais caracterizam os contratos por adesão. As suas cláusulas deverão ser rígidas, por que deverão ser uniformes; portanto, o ofertante não poderá alterar o teor da policitação senão precedendo-o de ampla divulgação ou aprovação das autoridades (nas hipóteses em que estas controlem tais contratos, como ocorre com as tarifas de transportes, de serviços de luz, telefone etc.). Esses três traços possibilitarão identificar esses contratos;
- 2º) proposta permanente e geral, aberta a quem se interessar pelos serviços do proponente, dirigindo-se a um grupo indeterminado de pessoas. Assim sendo, o contrato se forma com qualquer pessoa, a não ser naqueles casos em que se permitem ressalvas, como, p. ex., no da empresa de transporte, que não pode ser obrigada a admitir passageiro além da lotação do veículo;
- 3º) aceitação pura e simples do oblato, simplificando, desse modo, a maneira de produzir-se o consentimento;
- 4º) superioridade econômica de um dos contratantes, que desfruta de um monopólio de fato ou de direito;
- 5º) cláusulas do contrato são predispostas e fixadas unilateralmente e em bloco pelo policitante, visto que se dirigem a um número indeterminado de pessoas.

É certo que o contrato de adesão é praticável quando os interesses em jogo permitem, e até impõem, a pluralidade de situações uniformes, de modo que, sob esse aspecto, é, com efeito, oferta feita a uma coletividade. A necessidade de uniformizar as cláusulas do negócio jurídico elimina a possibilidade de qualquer discussão da proposta, criando para o oblato o dilema de aceitá-lo em bloco ou rejeitá-lo. Nada disso o distingue, porquanto, tais características são comuns a outras figuras jurídicas, como o contrato-tipo, em série ou por formulário e dos contratos obrigatórios (seguro obrigatório)

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. p. 13.

O magistral Orlando Gomes¹⁹ assevera que “o traço característico do contrato de adesão reside verdadeiramente na possibilidade de predeterminação do conteúdo da relação negocial pelo sujeito de direito que faz a oferta ao público”.

Na esteira do grande mestre baiano, podemos trazer quatro traços característicos dos contratos de adesão: a uniformidade, a predeterminação unilateral, a rigidez e a posição de vantagem.

O objetivo do estipulante é obter, do maior número possível de contratantes, o mesmo conteúdo contratual, para uma racionalidade de sua atividade e segurança das relações estabelecidas, daí a característica da uniformidade.

Porém, só a uniformidade não é suficiente para se considerar um contrato como de adesão, pois é imprescindível que tais cláusulas uniformes sejam impostas por uma das partes, o que justifica a característica da predeterminação unilateral, já que a fixação das cláusulas é feita anteriormente a qualquer discussão sobre a avença.

Além de uniformemente predeterminada, não é possível rediscutir as cláusulas do contrato de adesão, sob pena de descaracterizá-lo. Eis a rigidez.

Por fim, indispensável a característica da posição de vantagem (superioridade material) do proponente, que desfruta de um monopólio de fato ou de direito. Gize-se que embora a expressão superioridade econômica seja mais usada, a concepção de superioridade material se mostra mais adequada, uma vez que é em função de tal desigualdade fática que faz com que possa ditar as cláusulas aos interessados. É o exemplo de alguém que, embora não sendo considerado um potentado econômico, seja o detentor do monopólio de exploração de determinado produto ou serviço, pelo que, no campo dos fatos, sua vontade prevalece sobre a dos aderentes ainda que mais forte economicamente.

Não obstante todas as ponderações já feitas ao aspecto caracterizador do contrato de adesão, um ponto fundamental se destaca: o fato da imprevisibilidade da parte aderente. Esta

¹⁹ GOMES, Orlando. *op.cit.* fl. 14.

talvez denote uma singularidade, sobretudo quando se concebe o contrato em série, sem aferição ou pré-seleção do parceiro no negócio jurídico em desenvolvimento.

A criação do contrato de adesão não atrai para si o processo seletivo, pois, se tal fato ocorresse, por certo, a natureza constitutiva estaria sendo altamente afrontada, bem como o modelo contratual adotado, passível de ser considerado não apenas inadequado, como também inoperante.

No caso em apreço, o livre consentimento oferece lugar ao princípio da adesão, não existindo as negociações preliminares, bem como a fixação das cláusulas contratuais concebidas pelo acordo de vontades, o que não nulifica a pretensão dos contratos.

Outro dado peculiar, a aceitação do oblato se dá de forma pura, simples e incondicional. E de forma imediata. É possível presumir a aceitação até mesmo ante o silêncio daquele cuja obrigação de conhecer as cláusulas é equiparada pela lei à diligência ordinária (art. 111 C.C.).

Tem-se como mínimo requisito a mera possibilidade de conhecer as cláusulas gerais e preestabelecidas e a adesão a estas, para que se dê a formação do contrato. Excluem-se naturalmente, as cláusulas vexatórias, inconvenientes (art. 424 C.C.) e, mesmo as abusivas (art. 51 do CDC).

Assevera Orlando Gomes²⁰, “esse método de conclusão subverte o modo normal de formação dos negócios jurídicos de natureza contratual, considerado essencial e necessário a preservar o equilíbrio dos interesses contrapostos e harmonizados pelo acordo de vontades”. Daí a preocupação de assegurá-lo mediante processos que conduzam à restauração da contratualidade efetiva e funcional.

Assim, pela sua característica limitadora da liberdade contratual, pelo menos na sua concepção clássica, a interpretação do contrato de adesão não poderia dar-se da mesma forma que um contrato paritário tradicional.

²⁰ GOMES, Orlando. *ibid.* pág. 35.

2.4- Regras específicas de interpretação do Contrato de Adesão.

Para a configuração do tipo contratual em apreço não se pode dizer que é resultado da pacífica harmonização da vontade dos contratantes, pois sua natureza impede que tal fato assim suceda.

Todo o impedimento disciplinar para a prévia análise do conteúdo e flexibilização dos fundamentos decorre da manifestação do contrato em série, no qual as cláusulas foram previamente estabelecidas pelo predisponente, restando ao destinatário, após tornar-se aderente, apenas cumpri-las.

Um visível desequilíbrio depreende-se da relação contratual travada, de um lado o predisponente impondo as suas regras e de outro lado o aderente acatando-as, tornando em muitas oportunidades até comprometido o conceito de livre manifestação da vontade.

O grau de comprometimento que se impõe perante o contrato de adesão, tomando-se por referência o seu aspecto constitutivo, é grande, mas não assombra sua conversão em negócio jurídico bilateral. Entretanto, tal singularidade não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes.

Na concepção de Carlos Maximiliano²¹, a “interpretação é uma só; entretanto sofrem, na prática, os seus preceitos ligeiras variantes conforme o ramo do Direito a que se aplicam, e, não raro, são substituídos ou completados por outros especiais”.

O desnível entre as partes contratantes levou o contrato de adesão a ser regido pelo princípio da legitimidade da intervenção controladora, que se manifesta na interpretação das cláusulas dúbias, aplicando-se a norma da *interpretatio contra stipulatorem* (CC, art. 423), procurando se resguardar a posição do aderente, em relação a cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotando-se interpretação que mais o beneficie e, no controle direto do conteúdo, mediante a declaração de nulidade das cláusulas que contiverem a renúncia antecipada do aderente a algum direito oriundo da natureza do negócio entabulado (CC, art.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1984, pág. 114.

424), pois a liberdade de contratar deverá ser exercida dentro dos princípios da função social do contrato, da probidade e boa-fé objetiva e tais cláusulas, além de ser abusivas ou leoninas, geram insegurança e quebram o equilíbrio contratual.

Consagrada está a idéia de repúdio a quaisquer cláusulas abusivas, iníquas ou desarrazoáveis, por provocarem o desequilíbrio de direitos e deveres, conducentes àquela renúncia antecipada a direitos do aderente. Protege-se o aderente ante a superioridade situacional do contratante, que estipula as cláusulas pré-elaboradas, dos perigos resultantes de sua simples utilização, impedindo abusos.

2.4.1- A interpretação e a integração contratuais segundo o princípio da boa-fé objetiva.

No campo da interpretação do contrato, conforme Fernando Noronha²², dois são os desdobramentos da incidência da boa-fé.

O primeiro, na regra de que os contratos devem ser interpretados tomando-se por base o sentido objetivo. Exceto quando o destinatário da declaração conheça a real vontade do declarante, ou devesse conhecê-la, se tivesse obrado com diligência. De fato, numa relação contratual dominada pela ética exige-se dos parceiros um comportamento probó. Considerando as expectativas da outra parte, há que se tutelar a confiança daquele que acreditou numa determinada conduta da outra parte. Ao falar em confiança, tutela-se o valor social da aparência, essencial para o intercâmbio de bens de serviços, garantindo a segurança das transações. O valor confiança deve se sobrepor à vontade interna, a menos que os destinatários da declaração tenham ciência ou a ignorância derive de culpa deste, da real intenção do declarante.

O segundo ponto a ser observado indica que, no caso do sentido objetivo suscitar dúvidas, há que se preferir o significado que a boa-fé indique como mais razoável. E na perquirição do sentido que mais se amolde à boa-fé, deve o intérprete lançar mão de algumas regras: a) comportando uma cláusula diversos sentidos possíveis, opte-se por aquele que

²² NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais (Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual)**. São Paulo, 1994.

resulte na preservação do contrato (princípio da conservação do negócio); b) na dúvida quanto ao significado de uma cláusula, favorece-se a parte que assumiu a obrigação (princípio do menor sacrifício); c) observa-se o princípio da interpretação contra o predisponente, notadamente nestes contratos de adesão, interpreta-se a cláusula em desfavor daquele que a redigiu.

Também no caso da integração contratual, a boa-fé tem um recado a dar. Este princípio não se trata apenas de determinar o sentido e o alcance de uma cláusula contratual dúbia, mas sim de colmatar lacunas, uma vez que as partes podem não ter regulado todas as situações pelas quais os contraentes vêm a se deparar no curso da relação contratual.

A boa-fé, afirma Judith Martins-Costa²³, nesse passo representa um mandamento

Imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar.

Com essa tarefa de preencher lacunas, o ordenamento permite que o juiz comporte-se do mesmo modo que o legislador.

Nessa empreitada deve o magistrado perquirir a vontade hipotética das partes, não com relação ao que cada uma delas supostamente desejaria considerando seu próprio interesse, mas ao que ambas as partes, agindo com honestidade e lealdade, teriam acertado como justo equilíbrio de interesses. Busca-se o sentido do contrato em concreto, isto é, a regulação posta em vigor pelas partes.

²³ Martins-Costa, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo, RT, 1999p. 432.

3- BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE ADESÃO

3.1- Funções da boa-fé objetiva nos contratos de adesão.

Além da função interpretativa acima discorrida, o princípio da boa-fé objetiva cria deveres jurídicos independentemente da vontade das partes, bem como limita o exercício de direitos subjetivos. Isso porque, sendo reflexo da solidarização ocorrida na seara contratual, a boa-fé objetiva obriga as partes a agirem de modo colaborativo e ético, unidas no intuito de dar ao contrato a sua verdadeira e completa eficácia.

E não podia ser de outra forma, principalmente quando lembramos a desigualdade entre as partes que dá tônus ao contrato de adesão.

3.1.1- A criação de deveres impostos pelo princípio da boa-fé objetiva.

Iluminando toda a relação obrigacional, a boa-fé objetiva é a fonte de deveres além daqueles determinados pela parte. São os chamados deveres laterais, onde exige-se dos contraentes uma atitude cooperativa. É exatamente no surgimento desses deveres que se observa mais nitidamente a já enfatizada solidarização do contrato.

Num primeiro plano, avultam-se os deveres principais ou primários de prestação. Eles correspondem ao núcleo da obrigação, definindo a causa e o tipo do contrato, sendo então, frutos da vontade das partes. Assim, na compra e venda, é a entrega da coisa por parte do vendedor e o pagamento do preço pelo comprador.

A par do deveres principais, existem os chamados deveres secundários de prestação, que podem ser de duas espécies: a) deveres secundários acessórios da prestação principal; b) deveres secundários com prestação autônoma.

Os primeiros têm por escopo preparar o cumprimento ou assegurar a perfeita realização da obrigação principal. Podem ser citados, entre outros, o dever de embalar a coisa vendida, bem como o de promover seu transporte com segurança. Na segunda categoria, encontra-se as prestações sucedâneas do dever primário de prestação (como no caso de indenização por perdas e danos por inadimplemento culposos da obrigação) e aquelas coexistentes com a obrigação principal (indenização por mora, que acresce à prestação originária).

Não se esgota, contudo, a complexidade obrigacional nos deveres primários e secundários a que supra se aludiu. Existem, ao lado destes, os deveres laterais.

Deveras, os deveres laterais podem decorrer de cláusula contratual, de dispositivo legal ou do princípio da boa-fé.

São deveres que não interessam diretamente ao cumprimento do dever principal de prestação (seja na sua preparação ou na sua execução), mas tem por finalidade garantir o exato processamento da relação obrigacional. Possuem função instrumental, velando para o desenvolvimento regular do contrato como um todo, que há de processar-se entre pessoas que agem honestamente e com lealdade. Constituem na realidade, deveres de adotar determinado comportamento (positivo ou negativo), de tal arte a não frustrar a confiança da outra parte.

Os deveres laterais nascem independentemente da vontade das partes, destinando-se tanto ao proponente como ao aderente.

Não guardam conteúdo fixo ou número determinado, surgindo na medida em que se desenvolve a relação obrigacional, como emanações do princípio da boa-fé. Criam condições para uma consecução sem estorvos do fim contratual. Conquanto apareçam em maior número nas obrigações duradouras, podem brotar em qualquer relação contratual.

Não se pode conhecer dos deveres laterais com antecedência, mostrando-se inviável uma previsão antecipada sobre seu nascimento. Durante o transcorrer da relação contratual, a incidência da boa-fé objetiva impõe aos figurantes um determinado comportamento, com um conteúdo somente estabelecido no caso concreto.

Como regra, seu cumprimento não pode ser obtido coercitivamente, sendo que o maltrato a um dever lateral, que caracteriza a chamada violação positiva do contrato, resulta numa obrigação de indenizar, chegando, em certos casos, a legitimar a resolução do contrato.

Os deveres laterais não estão restritos ao período de execução do contrato, fazendo-se também presente, em alguns casos, em momento posterior ao adimplemento da obrigação principal.

Atualmente constata-se uma tendência para o alargamento do papel desses deveres , um movimento que compreende a sua subsistência, ainda que nulo o contrato, bem como no conceber sua eficácia perante terceiros.

3.1.1.1- Descumprimento.

O inadimplemento de um dever lateral resulta na obrigação de indenizar por parte do infrator, e, em situações extraordinárias, termina na própria resolução do contrato.

Quanto à presença do elemento culpa, sempre que da boa-fé derivam regras de condutas, e que, pela violação destas, se pergunte por eventual dever de indenização, a culpa intervém no papel normal que lhe compete.

Parece lícito concluir, então, que, naquelas hipóteses em que o inadimplemento contratual estiver centrado na culpa, esta é indispensável para fins de responsabilidade civil do infrator de um dever lateral.

Mota Pinto²⁴ alude expressamente à culpa como condição para o nascimento do direito à indenização.

²⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 283.

Fernando Noronha²⁵ pensa de maneira diversa afirmando que nem sempre a atuação não conforme a boa-fé (objetiva) será ilícita, mas mesmo quando não ilícita, em princípio, continuará sendo geradora de responsabilidade.

E arremata,

O importante para a responsabilização do agente, é que a situação de desrespeito pelo dever de atuar de acordo com os padrões ainda possa ser-lhe imputada, mesmo que só a título objetivo.

O Enunciado n. 24, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudo Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 11 a 13/09/2002 encontra-se nessa linha. O texto é o seguinte: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui inadimplemento, independentemente de culpa”.

Na verdade, em algumas situações, a infração à boa-fé abstrai a figura da culpa. Mas não se pode adotar essa solução como regra geral no dever de indenização por infração a dever lateral.

Os deveres laterais assumem em face da obrigação principal do contrato um caráter acessório, por isso seu regime de incumprimento deve ser seguido o daquele. Assim, recorre-se ao princípio geral de direito de que o acessório segue o principal, já que não faz sentido maior rigor na penalização pelo desrespeito a uma obrigação menos importante.

Todavia, quanto o regime jurídico da prestação principal for o da responsabilidade objetiva, como nas relações de consumo, igualmente será despicienda a culpa em matéria de indenização por maltrato a dever lateral. A sublinhar que, no campo consumerista, a infração ao dever lateral está imbricada com a constatação de um vício ou defeito do produto ou serviço.

De qualquer maneira, na prática, o problema raramente se colocará diante do operador do direito. Isso porque é difícil encontrar uma situação em que o desrespeito a um

²⁵ Noronha. op. cit. p. 139- 140.

dever assentado na boa-fé objetiva não venha acompanhado de um comportamento culposo por parte do agente.

Quanto aos deveres laterais pré e pós-contratuais, não se vê razão para tratamento diverso. A situação de acessoriedade não está presente como na fase contratual propriamente dita, à medida que a vinculação jurídica encontra-se radicada única e exclusivamente nos deveres laterais, sem obrigação principal. Mas é importante lembrar que tais deveres encontram-se de alguma maneira conectados ao contrato. Sua existência o pressupõe, quer para garantir uma contratação adequada (fase pré-contratual), quer para preservar as vantagens advindas do contrato (fase pós-contratual). Por conseguinte, sujeitá-los a um regime jurídico, no que toca a culpa, distinto do descumprimento contratual não se afigura razoável. Aumentaria, desnecessariamente, a insegurança no tráfico. Regra cardeal em matéria de hermenêutica preceitua que o direito tem de ser interpretado de maneira inteligível, afastando resultados inconvenientes ou conclusões inconsistentes.

Por outro lado, em algumas situações excepcionais, o desrespeito ao dever lateral pode contaminar a relação contratual com tamanha intensidade a ponto de dar azo à resolução do contrato, conforme admite a doutrina.

Araken de Assis²⁶, após confirmar que o inadimplemento de deveres laterais “se ostenta bastante à resolução”, alude ao dever de colaboração do credor, “sem o qual a prestação do parceiro jamais poderá realizar-se a contento”. Menciona a hipótese de uma indústria estar impedida de “fabricar o produto e receber o preço sem o cliente fornecer o projeto ou a matéria prima necessária à empresa”. Refere-se aos deveres de esclarecimento (ou de informação), afirmando que o comprador de um hardware de alta tecnologia, que busque utilizá-lo produtivamente, está legitimado a pedir a extinção do contrato caso o fabricante não lhe repasse minuciosas instruções sobre seu funcionamento.

De fato, se a infração a um dever lateral implica o desaparecimento do interesse do credor na prestação do contrato, ou se atinge substancialmente a sua finalidade, não se pode exigir deste que permaneça vinculado à avença. Com isso abre-se, campo para a resolução do contrato.

²⁶ ASSIS, Araken. **Resolução do contrato por inadimplemento**. São Paulo: RT, 1991. pag. 94.

Outrossim, é possível ainda que o maltrato a um dever lateral gere no credor um grau de desconfiança de tal ordem quanto ao cumprimento de prestações posteriores, que o legitime a pleitear a execução do contrato.

Segundo entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul²⁷, mostra-se possível que o descumprimento de um dever lateral pós-contratual afete substancialmente a prestação principal a ponto de ensejar a resolução do contrato.

3.1.2- Limite ao exercício de direitos.

A boa-fé responde ainda na relação contratual pelo controle no exercício dos direitos. O proponente, ao fazer valer sua posição de vantagem, não pode agir a seu talante, mas deve proceder com correção e lisura.

Esse tema, assim delineado entronca com a figura do abuso de direito.

Entende-se como abusivo o exercício de um direito sempre que a conduta do respectivo titular se revele, no caso concreto, gravemente chocante e reprovável para o sentimento ético-jurídico prevalecente na coletividade. Não se admite que o exercício de um direito contraste com o sentimento de justiça dominante na comunidade social.

A evolução do Estado Liberal para o Estado Social, implicou a relativização dos direitos. Dessa forma a boa-fé objetiva funciona, ao lado de outros institutos, como critério para delimitação do exercício de um direito.

A boa-fé é o mais importante limite para o gozo de um direito.

Em outras palavras, a boa-fé, como norma de conduta, exige que cada parte, ao fazer valer seus direitos, aja com moderação, respeitando a esfera de autonomia privada do contratante.

O artigo 187 do Código Civil Brasileiro determina que:

²⁷ Apelação Cível n. 588.042.580, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Se o direito experimentou um processo de funcionalização, é inaceitável tutelar o titular de um direito, quando este quiser valer sua posição de vantagem em contraste com o escopo, para o qual o ordenamento jurídico lhe outorgou o direito. E a boa-fé serve de paradigma para, que se proceda tal avaliação.

As situações em que se identifica a boa-fé como elemento definidor de abuso de direito receberam uma sistematização pela doutrina e jurisprudência. Elas podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. A seguir estão descritas algumas das categorias, conforme entendimento de Célia Barbosa Abreu Slawinski²⁸:

a) *Venire contra factum proprium* – locação de origem canônica. Expressa a idéia de que à parte não é permitido agir em contradição a um comportamento assumido anteriormente. Com efeito, a conduta antecedente gerou uma expectativa na outra parte num atuar em determinado sentido. Desse modo, o credor, ao portar-se em linha adversa, ainda que aparentemente no exercício de um direito, quebra a lealdade e confiança. Ou seja, maltrata a boa-fé, de molde que resta delineado um quadro de abuso de direito.

Por exemplo, o credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em lugar e tempo diferente do convencionado, não pode surpreender o devedor com a exigência literal do contrato.

Não se exige dolo nem culpa do credor, porquanto a proibição de *venire* é uma aplicação do princípio da confiança no tráfico e não uma específica proibição de má-fé e mentira.

b) *Suppressio* (protamento desleal do exercício de um direito) – Diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé.

²⁸ SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da Boa-Fé Objetiva & O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002. pág. 130-140.

Os elementos delineadores do instituto são três: a omissão no exercício de um direito, o transcurso de um período de tempo e a objetiva deslealdade e a intolerabilidade do posterior exercício. Nessa visão, o contrato de prestação duradoura, que tenha passado sem cumprimento durante extenso período, por inércia do credor, não pode ser exigido, se o devedor tiver motivo para pensar que a obrigação tinha se findado e programou-se nessa linha. Também não pode o comprador, que não retira a mercadoria, compelir o vendedor a guardar os bens por prazo indeterminado.

A *suppressio* somente ocorrerá quando o não exercício do direito for claramente excessivo, tendo gerado uma legítima expectativa na outra parte.

Meras tolerâncias do credor, consentimento no recebimento atrasado do que lhe é devido, e casos semelhantes, não caracterizaram o retardamento desleal, admitir o contrário, isso sim, é que ofenderia o princípio da boa-fé.

Frise-se, não se exige culpa do titular.

c) *Surrectio* – Se, na hipótese anterior, o não exercício de um direito, num determinado quadro, leva a perda do direito, na *surrectio* o raciocínio opera ao inverso. Está-se diante da contraface da *suppressio*, vale dizer, uma pessoa veria, por força da boa-fé, surgir na esfera uma possibilidade que, de outro modo, não lhe assistiria. Deveras, a prática reiterada de certos atos gera num dos figurantes da relação processual a convicção de que possui um direito.

d) *Tu quoque* – Exprime a idéia de ser vedado a uma pessoa que viole uma norma jurídica a invocação posterior desta mesma norma em seu favor. Proíbe-se o exercício de um direito adquirido de forma desleal, com infração de regra contratual. Na essência, pode-se dizer que o *tu quoque* corresponde ao juízo expresso no famoso brocardo *nemo creditur turpitudinem suam allegans*, ou seja, ninguém alcança acolhida alegando a própria torpeza.

Seu fundamento é a regra de ouro da tradição ética, no sentido de que a pessoa não deve fazer com outrem aquilo que não deseja que seja feito consigo. Caso clássico de aplicação desta regra é a exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CC).

O manejo do *tu quoque* reclama prudência. Repugna-se a consciência ético-jurídica que alguém pretende prevalecer-se da própria violação, não parece razoável sempre legitimar violações jurídicas de um contratante a pretexto de outrem já ter feito outro tanto. A ponderação dos interesses em jogo está a exigir, para que se possa lançar mão da fórmula, um nexó muito estrito entre a situação violada pelo abusador e aquela de que se pretender prevalecer.

e) Abuso de nulidades por motivos formais – em algumas situações, o mandamento de agir com lealdade e retidão implica a impossibilidade da alegação de vícios quanto à forma do negócio entabulado. Nesse diapasão, quem, apesar de conhecer um defeito de forma, cumpre negócio jurídico nulo ou aceita o cumprimento realizado pela outra parte, não pode, posteriormente, questionar a validade do contrato.

Fernando Noronha²⁹ chega a afirmar que,

Mesmo nos casos de formalidades constitutivas o juiz deve abster-se de declarar a nulidade quando o contrato tenha sido cumprido e a razão de ser a imposição da formalidade seja a proteção da própria parte que, no caso concreto, haja levado a cabo o ato de adimplemento.

E completa:

É de ponderar que, em matéria de contratos, mesmo as formalidades solenes impostas por lei com frequência têm por finalidade levar as partes a refletir sobre a importância da vinculação que assumem.

f) Adimplemento substancial – Aqui a boa-fé protege o contraente que cumpriu quase a totalidade da prestação a que estava adstrito. Entende-se que o exercício do direito formativo do credor de resolver o contrato, nessas condições, denota um comportamento desleal. A não observância de aspectos secundários da prestação por parte do devedor, insuficientes para retirar a essência do proveito esperado pelo credor, não autoriza este a dar por findo o contrato, na medida em que não estaria defendendo um interesse legítimo. Ela salienta que a boa-fé objetiva como mandamento de eticização da relação obrigacional determina que também se considere o interesse do devedor.

²⁹ Noronha. op.cit. p. 188-9.

Em matéria de resolução contratual, isso significa que satisfeito o interesse do credor, ainda que através de uma prestação que não corresponda exatamente àquela punctualmente prevista, o contrato atingiu seus objetivos: há que ser mantido, portanto.

Julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁰ teve por improcedente ação visando resolução de contrato em que o comprador de um veículo pagou vinte e uma das vinte e quatro parcelas em que foi dividido o preço do bem.

O Superior Tribunal de Justiça³¹ negou busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente para garantia de financiamento, em que o devedor não honrou a última prestação. Aludiu-se da mesma maneira, ao adimplemento substancial, considerando o comportamento do credor – que insistia na extinção do contrato – contrário a boa-fé objetiva. Ao credor minimamente insatisfeito assegura-se, é claro, exigir o cumprimento do contrato, cobrando o débito remanescente, sem prejuízo de eventual ressarcimento por perdas e danos.

g) Exercício desequilibrado de direitos – Afronta a boa-fé objetiva a situação em que se divisa uma manifesta desproporção entre a vantagem obtida com o exercício de um direito pelo seu titular e o sacrifício imposto ao devedor. Pois aquele que usufrui de uma faculdade que lhe traz pouca utilidade, mas acaba por impor um excessivo gravame ao outro figurante, age sem ter em conta o interesse alheio, numa atitude pouco cooperativa, ou seja, contrária a boa-fé. Por exemplo: o protesto de títulos de crédito quando desnecessário para assegurar os direitos do credor, a cobrança de débitos em que se exponha o consumidor ao ridículo. Nessas situações, em nome da boa-fé objetiva, obsta-se o exercício do direito pelo seu titular, remediando-se uma situação de abuso.

Finalizando o assunto, indaga-se se a boa-fé traz como consequência o desaparecimento do direito, ou se apenas constitui um impedimento temporário ao seu exercício. Grife-se, o titular não se encontra privado de no futuro exercer seu direito, desde que o faça lealmente.

³⁰ Apelação n. 588.012.666, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar. Assim também decidiu a mesma corte no julgamento do agrava de instrumento n. 70.000.027.623, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.

³¹ Recurso Especial n. 272.739-MG, rel. Ruy Rosado de Aguiar.

De fato, se teoricamente a boa-fé não aniquila o direito, em algumas situações, que tendem ser a maioria, a confiança depositada na outra parte acaba praticamente por inviabilizar que o titular venha a se valer da sua posição jurídica de vantagem. A situação mostra-se quase, para não dizer totalmente, irreversível. Pense, por exemplo, na *suppressio*: uma vez estabelecido o caso, difícil imaginar uma reversão na legítima expectativa do devedor de que o credor não se servirá de seu direito.

3.2 A boa fé objetiva e o art. 422 do Código Civil.

Entre todos os artigos que dão sustentação ao sistema da boa-fé objetiva no Novo Código Civil, o referido artigo é o mais importante desses dispositivos.

Importante não no sentido de haver uma hierarquia entre as normas legais consagradas no Novo Código, mas no sentido de que se trata de um dispositivo que, intimamente unido à diretriz legal impositiva da função social do contrato (art. 421), cuida, expressamente, da boa-fé objetiva como princípio de direito.

Dispõe o art. 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Nota-se que o legislador tratou a observância dos princípios de probidade e boa-fé como verdadeira obrigação entre os contratantes.

Falhou, entretanto, ao prever que a boa-fé somente seria observável quando da conclusão do contrato e durante a execução do contrato.

Não é bem assim, como foi dito alhures, deverá esse princípio, que veio delineado no Código Civil como cláusula geral, incidir mesmo antes e após a execução do contrato, isto é, nas fases pré e pós-contratual, salvo nos contratos em tela que, via de regra, inexistem fase de punção.

Por isso, embora defeituosa a atual redação legal, não hesitamos em afirmar que, com base no macrop princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva

deve ser observada também na fase posterior à celebração e cumprimento da avença e, em se tratando de outro contrato, que não o de adesão, também na fase anterior.

Pensar de maneira diversa seria defender, em última análise, que o sistema positivo brasileiro admitiria, em tais fases, a prática de condutas desleais, somente sancionando-as na fase contratual, o que seria um caos.

Os deveres anexos ou deveres laterais gerarão efeitos que subsistirão à própria vigência do contrato em si, caracterizando aquilo que a doutrina convencionou chamar de pós-eficácia das obrigações.

Uma vez reconhecida a pré e pós-eficácia dos deveres anexos derivados da boa-fé, art. 422, sob comento, é indubitavelmente deficiente, por circunscrever-se ao período de vigência contratual.

Por essa razão, caso o projeto n. 6.960 de 2002, converta-se em lei, esse dispositivo será alterado, para se proceder a necessária retificação em seu texto normativo, que passará a figurar nos seguintes termos:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e equidade.

Assim espero que a lei seja devidamente modificada.

3.3 – Decisões dos Tribunais.

Este estudo não poderia furtar-se à análise da experiência jurisdicional quanto a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de adesão.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³² analisa a falta de clareza e informação quando da estipulação das cláusulas do contrato de adesão, aplicando o princípio da boa-fé objetiva como garantidor do equilíbrio contratual:

CONTRATO DE ADESÃO - Seguro - Infringência a cláusulas específicas - Inocorrência - Segurado que mal conhece o teor e o alcance das cláusulas - Inexistência de oportunidade de prévio conhecimento do contrato - Cláusula que se encontra em "anexo", na forma de impressão em letras miúdas - Dificuldade de entendimento e compreensão - Recurso provido Não é permitido que as cláusulas gerais de um contrato sejam desvirtuadas pelas chamadas específicas, em especial, quando estas mesmas cláusulas não foram suficientemente conhecidas pela parte aderente, tendo em vista o princípio da boa-fé que rege os contratos. (Relator: Mattos Faria - Apelação Cível n. 214.156-1 - São Paulo - 09.08.94)

CONTRATO Recurso: AC 234175 2 Origem: SP Orgão: CCIV 15 Relator: SOUZA JOSÉ Data: 21/06/94 Decisão: - contrato - adesão - seguro - restituição de importância paga a hospital - inadm - recorrido que no contrato não pode manifestar sua vontade - contrato abusivo, ademais, gerando desequilíbrio dos pactuantes - exclusão de consultas ou exames que foge a natureza e finalidade do contrato - consultas e exames que guardam correspondência com o acidente do recorrido - rnp. Na falta de regulamentação legal, o remédio para os abusos a que se presta o contrato de adesão consiste em fiscalizar o juiz a sua execução, atendendo as exigências da boa-fé.

SEGURO - Contrato de adesão - Cláusulas que devem ser interpretadas em favor do aderente, atendendo-se a boa-fé, a equidade das relações econômicas e ao finalismo contratual Aplicação do Código de Processo Civil (TAPR) - RT 808/424.

CONTRATO - Cláusula - Condições gerais do contrato - Invalidade - Cláusulas que não constam do corpo do contrato, mas impressas no seu verso com letra minúscula e de difícil leitura - Inexistência de adesão pelo autor - Violação ao princípio da boa-fé e ao caráter sinalagmático do contrato - Sentença confirmada JTJ 120/42

CONTRATO - Fornecimento e comodato - Contrato com caráter de adesão com duração de 5 anos - Inadimplência - Cobrança - Inadmissibilidade - Fornecedora que não denunciou o contrato no primeiro trimestre do quinquênio, em que teria ocorrido a inadimplência inicial - - Patente o abuso de direito e ausência de boa-fé - Impossibilidade de vinculação *ad aeternum*, a um contraente que insiste em não agir de imediato contra o adquirente faltoso, para impedir execução menos onerosa para este - Embargos rejeitados. (Relator: Fonseca Tavares - Embargos Infringentes 118.331-1 - Guarulhos - 27.02.91)

Superior Tribunal de Justiça³³:

³² <http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudência>. acesso no dia 14/ago/2006.

³³ <http://www.stj.gov.br/jurisprudência>. acesso no dia 14/ago/2006.

O Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, já incorporou todas as virtudes do princípio da boa-fé objetiva. Nesta decisão os julgadores são uníssonos ao aplicar o princípio da boa-fé objetiva. Dão o verdadeiro sentido de ser ao princípio, isto é, garantir aos contratantes o atendimento de suas legítimas pretensões.

Acórdão REsp 264562 / SE ; RECURSO ESPECIAL
2000/0062736-4

Fonte DJ 13.08.2001 p. 150

Relator(a) Min. ARI PARGENDLER

Data da Decisão 12/06/2001

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

EMENTA. CIVIL. 'SEGURO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – PLANO DE ASSISTÊNCIA INTEGRAL (COBERTURA TOTAL)', ASSIM NOMINADO NO CONTRATO.

As expressões 'assistência integral' e 'cobertura total' são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso especial não conhecido.

Acórdão Agrg no ag 81959 / rs ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 1995/0040925-9

Fonte DJ 30.10.1995 p. 36766

Relator(a) Min. ARI PARGENDLER

Data da Decisão 27/09/1995

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

EMENTA. Sistema financeiro da habitação. Equivalência salarial. "plano de equivalência salarial" e expressão que tem significado unívoco na compreensão comum, não podendo ser referida num contrato de adesão, esvaziada do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Agravo regimental improvido.

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia³⁴.

Apelação Cível (Agravo Retido) 03.002073-5

Origem : 001010135498 Porto Velho/RO (6ª Vara Cível, Falências e Concordatas)

Apelante/Agravado: Oscar Romero Vigoya

Advogados: Ely Roberto de Castro (OAB/RO 509) e outros

Apelada/Agravante: Trescinco Administradora e Consórcio S/C Ltda.

Advogados: Marcelo Longo de Oliveira (OAB/RO 1.096) e outros

Relator : Desembargador Sebastião T. Chaves

Revisor : Desembargador José Pedro do Couto

EMENTA. Apelação cível. Seguro. Contrato de adesão. Dúvidas. Obrigação da seguradora de pagar. Consórcio. Contrato entre a administradora e o consorciado. Invalidez permanente. Amputação de perna.

O contrato de seguro é típico de adesão e havendo dúvida na interpretação da apólice deve prevalecer o interesse do segurado e dos beneficiários, cabendo o ônus da prova à seguradora, e, não sendo afastadas as dúvidas, esta responde pela obrigação contratada.

³⁴ <http://www.tj.ro.gov.br/jurisprudência>. acesso em 14/ago/2006.

É obrigação do segurador pagar em dinheiro a indenização do risco assumido, art. 1.458 do CC, tendo em vista que no contrato de seguro vigora sempre o princípio da boa-fé na relação entre os contratantes.

O contrato do seguro foi celebrado entre a administradora de consórcio e o consorciado, respondendo esta pela obrigação contratada, considerando que a previsão era da contratação do seguro em grupo por morte e invalidez permanente.

A amputação de uma perna, devidamente demonstrada nos autos, caracteriza invalidez permanente. ACÓRDAO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Câmara Especial do TRIBUNAL de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas em POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECER DO AGRAVO RETIDO E REJEITAR A PRELIMINAR. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Apelação Cível n. 03.002073-5 Porto Velho, 10 de junho de 2003. DESEMBARGADOR(A) Renato Mimessi (PRESIDENTE)

Apelação Cível 00.002872-0

Origem : 001990126553 Porto Velho/RO (6ª Vara Cível, Falências e Concordatas)

Apelante : Fiat Administradora de Consórcios Ltda.

Advogado : Walter Gustavo da Silva Lemos (OAB/RO 655-A)

Apelado : Gilmar Silva de Oliveira Mota

Advogados: Marcos Antônio Araújo dos Santos (OAB/RO 846) e outro

Relator : Desembargador Sebastião T. Chaves

Revisor : Desembargador Sérgio Lima

EMENTA. Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Inadimplemento contratual. Contrato de adesão. Cláusulas leoninas. Desrespeito ao CDC. Nulidade parcial do contrato. Litigância de má-fé. Ausência de dano processual a uma das partes. Não caracterização.

A teor da norma do art. 51 do CDC, são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que desrespeite os princípios da boa-fé contratual, exagerando os direitos de uma das partes sobre a outra.

A litigância de má-fé só será devida quando ficar demonstrado nos autos que uma das partes ou interveniente agir maldosamente com culpa ou dolo, causando dano processual à parte contrária. ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Câmara Especial do TRIBUNAL de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas em POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. Porto Velho, 14 de agosto de 2001. DESEMBARGADOR(A) Gabriel Marques de Carvalho (PRESIDENTE)

Apelação Cível 00.001672-1

Origem : 001970162406 Porto Velho/RO (5ª Vara Cível)

Apelante : Sul América Companhia Nacional de Seguros

Advogados: Odailton Knorst Ribeiro (OAB/RO 652) e outros

Apelada : Verônica Barbosa Leão

Advogados: Hélio Vieira da Costa (OAB/RO 640) e outro

Relator : Desembargador Sebastião T. Chaves

Revisor : Desembargador Sérgio Lima

EMENTA. Apelação cível. Seguro. Contrato de adesão. Ônus da prova. Obrigação da seguradora de pagar o prêmio. Risco assumido.

O contrato de seguro é típico de adesão, e, havendo dúvida na interpretação da apólice, deve prevalecer o interesse do segurado e dos beneficiários, ficando o ônus da prova a cargo da seguradora.

É obrigação do segurador pagar em dinheiro o prejuízo do risco assumido (art. 1.458 do CC), tendo em vista que no contrato de seguro vigora sempre o princípio da boa-fé na relação entre os contratantes. ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Câmara Especial do TRIBUNAL de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas em POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.Porto Velho, 20 de março de 2001.DESEMBARGADOR(A) Gabriel M. de Carvalho (PRESIDENTE)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Descreveu-se aqui o princípio da boa-fé e seus efeitos específicos no contrato de adesão. Cabe agora procurar visualizá-lo, cotejando-o com a autonomia da vontade. Teria a boa-fé objetiva ensejado uma metamorfose tão profunda no campo contratual, a ponto de relegar à vontade um papel secundário?

Com efeito, em decorrência da massificação dos contratos, experimentou este o necessário processo de eticização, avultando-se o seu papel social. Assim, realçou-se o valor da justiça, em detrimento da segurança total, propiciada pelo modelo clássico, no qual os efeitos do contrato eram somente aqueles preestabelecidos pelas partes, respeitando-se a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*.

Todavia, isso não significa que a autonomia da vontade ocupe uma posição de simples coadjuvante. Se ela perdeu o reinado absoluto de outros tempos, em que era a fonte única dos efeitos contratuais e não encontrava praticamente limites, ainda lhe será reservada uma importante função no campo obrigacional. A vontade é o móvel dos contratos, porquanto, na maioria dos casos, à exceção das hipóteses de contratação necessária, as pessoas contratam porque desejam satisfazer determinado interesse. Pode-se afirmar que a autonomia da vontade é a responsável pelo desencadeamento do fenômeno contratual. E mais, a prestação principal do negócio jurídico é moldada pela vontade.

A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico

poder-se-á chegar à conclusão oposta, isto é, de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que nascem da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses.

De fato, deve-se procurar um equilíbrio: garantir a igualdade substancial sem aniquilar a liberdade, tutelar a segurança, sem olvidar-se da moral. Enfim, é na prudente combinação dos princípios da boa-fé e da autonomia da vontade, cuja exata medida deverá o juiz aferir à luz do caso concreto, que se chegará a um direito contratual verdadeiramente justo.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado. **A boa-fé na relação de consumo.** in Revista de Direito do Consumidor, v.14, abr-jun/1995.
- ASSIS, Araken. **Resolução do contrato por inadimplemento.** São Paulo: RT, 1991.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico – existência, Validade e Eficácia.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações,** São Paulo: RED Livros, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós contratual à luz da boa-fé.** 1º ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- GOMES, Orlando. **Contratos.** 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo.** São Paulo: Editorial Ltda, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo, RT, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica Jurídica,** São Paulo: Saraiva, 1984.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. 2ª parte.** Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 1995.
- NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais (Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça Contratual).** São Paulo: Saraiva, 1994.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil,** vol. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato.** São Paulo: Saraiva, 1985.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Vol. III, 1ª ed. São Paulo: Aide, 1988.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil (dos contratos e das declarações unilaterais da vontade)**. vol. III. ed. 28, São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. In Coleção a Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e eficácia da Boa-Fé Objetiva & O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

NERY JR., Nelson. **Contratos no Código Civil**. in Estudo em Homenagem ao Prof. Miguel Reale, coordenadores: Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.

<http://www.stj.gov.br/jurisprudência>

<http://www.tj.ro.gov.br/jurisprudência>

<http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudência>